

# 目的正当性审查在比例原则中的定位

蒋红珍

(上海交通大学 凯原法学院, 上海 200030)

**摘要:**目的正当性审查在比例原则适用中的定位需要重新审视。通过对国家发改委“缓降油价决定”在目的与手段关系上的个案考察,比例原则在石油调价风波中的适用,可能遭遇“悖离情境”。这直接关乎“目的正当性”审查在比例原则中的定位。对此,学界和实务界存在从“审查不足”到“审查过度”间的短板交接。比例原则对目的性审查需要秉持克制态度:既作为不可或缺的审查环节,但不能赋予其独立之阶层秩序的地位。可将“预备阶段论”建构作为比例原则目的正当性审查的探索方向。对于“缓降油价决定”的实体性评价,即使以目的正当性审查启动,也应伴随比例原则预备阶段论的适用,截断以“不恰当目的”之相关审查标准。

**关键词:**比例原则;目的正当性;位阶秩序;预备阶段

**中图分类号:**DF3 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2019)02-0055-11

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2019.02.006

## The Position of Legitimate Purpose Review in Proportionality

JIANG Hong-zhen

(KoGuan School of Law, Shanghai Jiao Tong University, Shanghai 200030, China)

**Abstract:** The position of legitimate purpose review in proportionality requires re-examination. Through a case study of the relationship between the purpose and the means of the decision given by the national development and reform commission which postponed the oil price reduction, the adoption of proportionality principle may encounter a “perverse situation”. This is directly related to the positioning of the “legitimacy of purpose” review in the principle of proportionality. However, there is an embarrassing transition from “insufficient review” to “excessive review” in the academic and practical circles. Proportionality shall constrain its scrutiny of purpose review: treating it as an indispensable step, but without the independent status of hierarchy. An approach of “preparatory stage theory” can be regarded as the exploratory direction. Accordingly, the substantive proportionate evaluation of the decision that postponed the oil price reduction should be initiated with the review of legitimate purpose, but determined as violation of “improper purpose”.

**Key words:** principle of proportionality; legitimacy of purpose; hierarchical orders; preparatory stage

收稿日期:2018-10-23

基金项目:国家社会科学基金项目“比例原则的全球化与本土化”(17BFX038)

作者简介:蒋红珍,女,上海交通大学凯原法学院副教授,法学博士,主要从事宪法与行政法学研究。

## 一、问题的提出

近期,对比例原则的一个认知趋向是,它正在历经某种“突破性发展”(breakthrough progress)。<sup>①</sup>从国际视野看,十八世纪末发端于德国警察行政法的比例原则,如今正以日益旺盛的生命力,在全球不同的法律体系、不同的法律部门中广泛传播,被称为比例原则的“全球化现象”(Globalisierung des Verhältnismässigkeit)。<sup>②</sup>从国内视角看,伴随新近民法、<sup>③</sup>刑法、<sup>④</sup>诉讼法、<sup>⑤</sup>经济法、<sup>⑥</sup>税法、<sup>⑦</sup>国际法、<sup>⑧</sup>劳动法<sup>[1]</sup>等学科领域研究的兴起,比例原则似乎大有突破传统公法之藩篱而发展成为整个法律帝国之基本原则的趋势。<sup>⑨</sup>然而,呈现在这轰轰烈烈的研究浪潮背后需要率先厘清的是,比例原则究竟是什么的问题。<sup>⑩</sup>

### (一) 比例原则的位阶理论与目的正当性审查的定位

规范意义上的通说认为,比例原则由三个分支原则构成,它们分别是:(1)适当性原则。即政府所采取的手段必须有助于目标的达成;(2)必要性原则。当存在多种有助目标达成的手段中,在相同有效实现目标的情况下应当选择对公民权利损害最小的手段;(3)均衡性原则,也称狭义比例原则。是指政

①参见蒋红珍:《比例原则的全球化与本土化》,载《交大法学》2017年第4期。

②参见 Matthias Klatt & Moritz Meister, Verhältnismässigkeit als universelles Verfassungsprinzip, Der Staat 51 (2012), S. 159; Matthias Klatt & Moritz Meister, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, Jus 2014, S. 193; Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitgrundsatzes, Der Staat 51 (2012), S. 3; Julia Rivers, Proportionality and Discretion in International and European Law, in Nicholas Tsagourias eds., Transnational Constitutionalism: International and European Models, Cambridge University Press, 2007, p. 107; Bernhard Schlink, Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?, 22 Duke J. Comp. & Int'l L. 291 (2012); Alec Stone Sweet & Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 Colum. J. Transnat'l L. 72 (2008); Vicki C. Jackson, Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism, 1 U. Pa. J. Const. L. 583 (1999); Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins, 8 Int'l J. Const. L. 263 (2010).

③黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,载《法制与社会发展》2012年第4期;易军:《所有权自由与强制视域中的单双号限行常态化》,载《法学》2015年第2期;郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期;李海平:《比例原则在民法中适用的条件和路径》,载《法制与社会发展》2018年第5期。

④姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,载《法律科学》2013年第1期;姜涛:《比例原则与刑法积极主义的克制》,载《学术界》2016年第8期。

⑤从刑事诉讼法领域,比例原则被认为可对刑事侦查和刑事诉讼予以构造。参见秦策:《刑事程序比例原则构造方法论探析》,载《法学研究》2016年第5期;裴炜:《犯罪侦查中网络服务提供商的信息披露义务——以比例原则为指导》,载《比较法研究》2016年第4期。

⑥参见兰磊:《比例原则视角下〈反不正当竞争法〉一般条款解释——以视频网站上广告拦截和快进是否构成不正当竞争为例》,载《东方法学》2015年第3期。

⑦参见叶金育、顾德瑞:《税收优惠的规范审查与实施评估——以比例原则为分析工具》,载《现代法学》2013年第6期;付大学:《比例原则视角下税务诉讼从“双重前置”之审视》,载《政治与法律》2016年第1期。

⑧参见安佰生:《WTO“必要性测试”规则探析》,载《财经法学》2015年第2期;韩秀丽:《论 WTO 法中的比例原则》,厦门大学出版社2007年版。

⑨“比例原则早已跨越具体部门法的疆界而成为现代法治社会中具有普遍性和根本性的指导原则。”参见陈璇:《正当防卫与比例原则》,载《环球法律评论》2016年第6期。

⑩需要说明的是,尽管比例原则被不同学科所倡导,但考虑到其脱胎于公法层面,本文主要从公法尤其是行政法视角展开相关素材的收集和分析。

府所采取措施所欲达成的公共利益的目标必须与手段所侵害的公民权利的负担达成均衡。<sup>①</sup>传统三分论的位阶理论,不仅被主流学说认可,也获得典型判例的支持。<sup>②</sup>

然而,伴随全球化和本土化的讨论浪潮,比例原则传统的三阶论遭遇质疑,其中,重建比例原则位阶结构,尤其是将“目的正当性”审查引入比例原则的观点,引起学理和实务界的关注。<sup>③</sup>这一主张的核心在于:目的正当性是公权力行使正当的前提,应当将目的正当性原则纳入比例原则之中从而重构为比例原则“四阶论”<sup>[2]</sup>。换言之,在比例原则审查手段是否符合目标之前,必须首先启动目的是否正当的审查,并将之作为独立审查阶段予以对待。“四阶论”的提出,<sup>④</sup>不仅改变传统比例原则的规范结构和审查步骤,并且实际上还将产生调整行政法的审查标准甚至是一般原则之关系的后果,需要加以严密论证。为了避免纯粹学理分析的过度抽象性,本文借助一个具体个案,来讨论目的正当性审查在比例原则中的定位。并试图揭示:尽管对于政府措施的合比例性评价,目的本身及其正当性审查有逻辑和规范意义上的不可或缺性,但这并不必然得出它将直接导致比例原则位阶秩序重构的结论。

## (二) 个案的引入:比例原则适用的“悖离情境”

2015年年末,围绕我国国内成品油价格调整机制,曾经出现过一阵短暂却激烈的讨论。当时,国际原油价格持续走低,被业界断定国内油价将迎来“四连跌”。但就在调价前夜,国家发展和改革委员会(以下简称发改委)发布题为“国内成品油价格形成机制将进一步完善”的通知称,根据成品油价格形成机制的有关规定,暂缓调整国内成品油价格(下文简称“缓降油价通知”)。理由是发挥油价的杠杆作用,通过保持国内成品油价格稳定等手段应对当前全国多地遭遇的雾霾等环境问题。

“缓降油价”是为了治理雾霾,这一官方解释立即引起国内舆论的强烈反响,并将国内成品油定价和监管体制推上风口浪尖,甚至出现公民起诉发改委降价不作为的诉讼。<sup>⑤</sup>对法学而言,“目的与手段的合理性及其因果关系的考虑,在法律、法院以及其他领域都应该发挥重要功能”<sup>[3]</sup>,由此,缓降油价和治理雾霾之间是否符合目的手段间的理性关系,成为考察发改委之决定是否正当的重点。尽管宽泛意义上的合理性原则(principle of reasonableness)也可能触及政府措施正当与否的判断问题,<sup>⑥</sup>但众所周知,比例原则作为公法领域的皇冠原则,代表着更具指向性地评价目的手段关系的分析工具。与

①有关比例原则内涵的介绍,参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《政大法学评论》1999年第62期。

②参见“陈宁诉庄河市公安局行政赔偿纠纷案”,载最高人民法院行政审判庭:《中国行政审判指导案例》第1卷,中国法制出版社2010年版,第94-98页。相关案例分析可参见蒋红珍:《比例原则在陈宁案中的适用》,载《交大法学》2014年第2期。

③Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht*, 10. Aufl., München: Beck, p. 67 (2012); Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge University Press, pp. 529-548 (2012).

④事实上,比例原则在学理中一直存在“两分论”的主张,不过并未形成主流说。关于两分论,参见陈新民:《德国公法学基础理论》,法律出版社2010年版,第375页。

⑤华东政法大学一名学生向北京市第二中级人民法院提交诉状,起诉发改委对成品油价格调整的不作为,引发哗然舆论。

⑥合理性原则具有广义和狭义之分。按照英国学者 Paul Craig 的观点,“宽泛意义”(umbrella sense)的合理原则,实际上概括众多具体的司法审查标准,如违反相关性(relevance)、不恰当目的(improper purpose)或恶意。而狭义合理性原则仅指“温斯伯里不合理”(Wednesbury Unreasonableness)。参见 Paul Craig, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in Evelyn Ellis eds., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing: Oxford-Portland Oregon, 1999, p. 85. 我国学者也有持类似观点,参见叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社2015年版,第42-43页。

我国学理上不断细化合理性原则的具体标准一致,<sup>①</sup>司法领域也逐渐确立比例原则作为审查行政行为的合法性的审查标准。<sup>②</sup>但是颇有吊诡的是,倘若用比例原则审查“缓降油价决定”的合法(正当)性,其所包含的审查框架恐怕尚不足以抵达“符合或违法比例原则”的最终结论。恰恰相反,它的论证层次会在目的正当性审查环节进行“自我截断”,只探讨单维度的“目的”本身,而不再深入目的与手段的两维度讨论;因而,从具体标准看,存在放弃比例原则而需引入其它审查标准的情形。<sup>③</sup>

之所以形成比例原则适用在预期和结果之间的悖离,一方面是因为目的匹配手段对于法律分析的重要性,<sup>④</sup>而比例原则素以处理目标与手段关系见长;但另一方面,比例原则针对目的审查的功能,有其局限性。无论是传统理论构架中比例原则不审查“目的正当性”,还是新近倡导的增设“目的正当性审查”以构建比例原则的四阶论<sup>[2]</sup>,简单地看待目的正当性审查在比例原则中的定位,将存在从“审查不足”直接过渡到“审查过当”的短板交接。其中的问题和可能的应对,下文将结合“缓降油价决定”的个案情境加以具体展开。

## 二、比例原则中目的正当性审查之争:从“审查不足”到“审查过度”

### (一) 审查不足:舍弃目的正当性审查

所谓“目的正当性审查不足”,也即“目的性审查缺失”,意味着比例原则所确立的规范框架,忽略对目的正当性的考察,而直接进入“手段是否有助于目标实现”的适当性审查阶段。学理认为:比例原则预设了一个前提,那就是立法目的本身是正当的。<sup>⑤</sup>在德国宪法实践中,除非当事人质疑立法目的合宪性,一般法院都推定目的合宪。<sup>⑥</sup>行政法上,可能是因为比例原则最早诞生于行政法领域,依法律行政的形式法治要求,使目的本身直接来源于立法(尤其是议会立法),因此也没有对立法自身所确立的目的加以审查的必要性<sup>[4]</sup>。不过,由于目的性审查缺陷,比例原则的“三阶论”也经常身陷囹圄,有学者主张放弃适当性审查,干脆采取两阶论得了。<sup>⑦</sup>

目的性审查缺失,遭致争议。在缺乏目的正当性审查的前提下,直接进入“手段是否有助于目的实现”的适当性审查,并将此作为比例原则规范框架的起点,相当于对整个论证框架和逻辑体系进行

①将比例原则作为我国行政法上合理性原则的具体标准的介绍,参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2012年版,第43-44页。

②比例原则作为行政行为审查标准的分析工具,已在司法领域显现。包含有最高院行政庭司法适用意向的案例,如“汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案”,最高人民法院终审行政判决书[1999]行终字第20号,判决书载胡锦涛主编:《中国十大行政法案例评析》,法律出版社2005年版,第183-192页;“王丽萍诉河南省中牟县交通局交通行政赔偿案”,载《最高人民法院公报》2003年第3期;“曾伟勇诉福建省安溪县人民政府等不履行职责及行政赔偿案”,载最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判指导案例》第2卷,中国法制出版社2011年版,第214-218页;“苏州鼎盛食品公司不服苏州市工商局商标侵权行政处罚案”,载《最高人民法院公报》2013年第10期。

③比如借鉴英国法上的“不恰当目的”(improper purpose)、“违反相关性考虑”(relevance),或者是大陆法系的“不正当联结”。

④比如有学者认为“目的符合手段是法律中使用的唯一正当性方法”,Vincent Wellman, Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory, 57 University of Colorado Law Review 45 (1985)。

⑤Jeremy Kirk, Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality, 21 Melb. U. L. Rev. 1 (1997)。

⑥Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: 50 Jahre Bundverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 450。

⑦有关比例原则两阶论和三阶论的争议,参见蒋红珍:《比例原则阶层秩序理论之重构》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。



“截流”。有学者提出:“任何不追求正当目的的决定显然是不合理的。”<sup>①</sup>只有目的正当,才能产生正当的行为;如果作为起点的目的不正当,追求此目的而设置的手段也自然不具有正当性。“目的审查将会使很多政府行为产生合宪性问题。”<sup>②</sup>缺乏目的正当性审查对比例原则保护基本权利功能的实现势必会大打折扣。这样,无论从比例原则适用的逻辑体系还是功能预期看,默认或推定目的合法,舍弃对目的正当性的审查似乎并不足取。

## (二) 扩展目的正当性的独立审查阶段:是否构成预期过度?

基于对目的正当性审查不足的反思,学理和实务界走向另一种思路,那就是比例原则不仅必须强调目的正当性审查,并且要将其置于独立的审查位阶之上,由此重构比例原则的位阶秩序理论,采用所谓“四阶论”。<sup>③</sup>有学者认为:比例原则的审查包括四个步骤,其中第一个步骤为目的正当性审查<sup>[5]</sup>。德国学者斯特芬·德特贝克在其新版教科书中指出:比例原则第一阶段应为目的审查,“法院首先应查明国家活动的目的……然后再审查这种目的是否合法或违法……如果国家追求一个违法目的,就会损害权利,这种国家活动也就不再具有合比例性。”<sup>④</sup>刘权博士发表的“目的正当性与比例原则的重构”<sup>[2]</sup>文章,从标题中就可看出对目的正当性审查作为独立审查阶段的肯定和重构位阶秩序原理的支持态度。

确实,任何手段都应目的而生。虽然目的正当性不能证明手段的正当性,但是缺乏目的正当性,所有手段正当性的论证都将沦为空洞。从这个意义上说,批判比例原则模式或推定目的正当,无异于对目的手段关系的完整逻辑体系进行强制“截流”,是有一定道理的<sup>[4]</sup>。更何况,经验不止一次地告诉我们,政府有自身利益,可能受规制俘获,可能实施某种违法甚至是恶意目的。<sup>⑤</sup>由此,增加目的性审查应当成为倡导的方向<sup>[6]</sup>。这里的问题是,目的性审查究竟在比例原则的规范框架中应居于何种地位?尤其是,是否需要将其视为独立的审查阶段,并赋予“位阶秩序论”意义上的子原则地位?这是值得在学理和制度建构之前谨慎把握的问题。

## 三、目的性审查的结构和层次:围绕个案展开

从发改委通知看,缓降油价的原因是:“随着社会经济快速发展,我国环保形势日渐严峻,机动车尾气排放是造成空气污染的重要原因之一。充分发挥成品油价格杠杆作用,是促进资源节约、治理大气污染的重要手段。同时,低油价时,保持国内成品油价格基本稳定,有利于抑制石油消费的过快增长和能源结构调整。”这段文字,包含着对多重目的的阐述,构成对目的正当性判断的基础。这两者,也是比例原则目的性审查中两个彼此分离又相互联结的层次:一是确定目的本身;二是就目的正当性做出判断。既然涉及多重目的,这里首先介绍多重目的的并联情形下目的类型和界定方法,并借助分类和甄别技术,确定发改委缓降油价决定的目的;进而结合学理和规范,对发改委“缓降油价决定”进行目的正当性分析。

### (一) 复杂的目标层次及类型化

通常,对于一项政府规制措施而言,其目标可区分纵向和横向两个维度。其中,纵向层次上可分为

<sup>①</sup>Julia Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, 65 (1) Cambridge L. J. 174,195(2006).

<sup>②</sup>Ashutosh Bhagwatt, Purpose Scrutiny in Constitutional Analysis, 85 Cal. L. Rev. 297,301(1997).

<sup>③</sup>即在传统适当性、必要性和均衡性审查的结构之前,插入目的正当性审查的独立阶段。

<sup>④</sup>Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht; mit Verwaltungsprozessrecht, 10 Aufl., München: Beck, 67 (2012).

<sup>⑤</sup>关于管制俘获,参见 David Thaw, Enlightened Regulatory Capture, 89 Wash. L. Rev. 329 (2014).

宏观目标、领域性目标和具体目标。<sup>①</sup>横向层次则涉及多重目标并联状态下的界分问题。对比例原则而言,目的性审查更多地涉及横向意义上的多重目标。

1. 多重目标并联和权重。法律并不禁止立法者以某种模式同时追求数个目标实现。德国联邦宪法法院曾明确表示:“立法目的联结”不构成立法权的滥用。<sup>②</sup>但不同目标之间的权重可能并不一致。在石油调价风波中,发改委也给出多重并联目标,包括节约资源、治理大气污染、保持油价市场稳定、抑制石油消费增长和调整能源结构。从表述看,尤其结合通知出台前北京正遭遇重度雾霾而首度拉响红色警报,大气污染防治权重最高,代表着价格杠杆机制运用的核心目标。<sup>③</sup>难怪媒体和公众普遍认为:暂缓下调油价是为了治理雾霾。<sup>④</sup>

2. 主要目的与附属目的。与多重目的权重配比相关联的,是政府决策通常有主要目的与附属目的之分。一般而言,附属目的虽然不是最主要的考虑,但它亦具有规制目标中的独立地位。在德国“原油炼制品储存”案中,法院在目的审查时区分立法措施的主要目的和附属目的,并认为:不能孤立地对其中一项目的加以观察,而必须进行综合的判断。<sup>⑤</sup>可见,虽然权重不同,但主要目标与附属目标均有独立地位,在政府措施的目的确定中不可或缺。

3. 明示目的与隐藏目的。基于正当或不正当考虑,政府可能会借助明示目的以掩藏其真实目的,尤其是伴随“政府代表公共利益”的观点遭受质疑,政府受规制俘获和利益集团游说已经成为共识,由此,甄别明示目标背后是否还有隐藏目的,以及还原政府隐藏在公开目的中的真实意图,也成为目的性论证中的关键。正如美国布兰代斯法官所说“经验告诉我们,当政府目的是增加福利时,我们更应警惕保护自由。”<sup>⑥</sup>

4. 直接目的与远程目的。在直接目的之外,政府决策往往还有可扩展的远程目的。<sup>⑦</sup>台湾地区司法机构在审查《肃清烟毒条例》和《毒品危害防制条例》时,确认其直接目的在于防止毒品危害,维护公民身心健康;但其远程目的则是维持社会秩序良性健康发展,并进而维持国家安全稳定。<sup>⑧</sup>通常说来,由于目标在纵向意义上确实可做宏观解读,但过于宏观的远程目标并不利于锁定于个案中的比例原则分析。<sup>⑨</sup>

---

①以分析疯牛病时期牛肉制品的进口销售禁令为例看,政府规制的宏观目标是市场安全和风险监管,领域性目标是食品尤其是肉类食品安全,而具体目标则是预防疯牛病牛肉类制品在国内市场的流通。

②该案主要案情是:由于战后工业技术的发展,德国对进口原油的依赖程度日深,而煤的市场需求量却日益萎缩。为了有效应对因为政治危机或原油出产国抵制,可能引发原油供给中断的危机,德国颁布《石油炼制品最低存量法》,它要求某些种类的石油炼制品必须储存(主要有柴油、汽油、燃油等),负有储存义务的主体,包括该类产品的输入者和通过进口原油提炼该类产品的制造者。BverGE 30, 292(318)。

③发改委“缓降油价通知”指出:随着社会经济快速发展,我国环保形势日益严峻,一些地区以臭氧、灰霾污染为特征的复合型污染日益突出,机动车尾气排放是造成空气污染的重要原因之一。

④高油价能否有效改善空气质量也受到普遍质疑。如见《保持高油价就能改善空气质量?》,载 <http://cskunv.blog.sohu.com/310900051.html>, 2018年10月9日访问。

⑤立法措施的主要目的在于确保能源供给的稳定,其附属目的则是通过提高原油制品的成本来增强煤的竞争力,从而改变能源结构对原油的过度依赖。BverGE 30, 292(318)。

⑥Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 479(1928)。

⑦参见盛子龙:《比例原则作为规范违宪审查之标准》,台湾大学法理学研究所硕士论文,1989年6月,第35页。

⑧参见台湾地区司法机构大法官解释文第476号。高点法学研究室编著:《法学概念判解精选》(公法篇),高点文化出版有限公司2000年版,第121-123页。

⑨尤其是当目标过于宏观时,不利于对手段选择提供“波段区域”的限缩效果。参见蒋红珍:《论比例原则:政府规制工具选择的司法评价》,法律出版社2010年版,第213-214页。

## (二)“缓降油价决定”的目标甄别

从发改委公布的信息看,缓降油价决定涉及多重目标并联结构,至少在明示目标中,包含促进资源节约、治理大气污染、保持油价市场稳定、抑制石油消费增长和调整能源结构等多重目标。一旦涉及多重目标并联,就有必要引入甄别机制。

1. 多重目标并联时的目标甄别方法。结合学理分析和实务经验,针对多重目标并联时的甄别,发展出正面推论和逆向推定的两种技术方法:<sup>①</sup>

第一,正面推定。具体可区分为:(1)主导目的说(dominant purpose)。主导目的说有助于区分主要目的与附属目的,一般说来,在多重目的中居于主导地位的是主要目的,反之则是附属目的;(2)真实目的说(true purpose)。真实目的说用于鉴别明示目的与隐藏目的。通过对真实目的的还原,揭示明示目的背后的隐藏目的,从而确定政府措施的真实意图;(3)决定性目的说(decisive purpose)。决定性目的说有助于区分主要目的与远程目的。尽管远程目的是社会整体目标的组成部分,但对于具体政府措施而言有时会显得过分宏观,需要通过决定性目的来限缩和确定主要目的。

第二,逆向推定。具体可区分为两种方法:(1)因果关系说(causation test)。该说认为,政府措施的目的可以通过手段的选择后果来加以确定,换言之,通过手段选择与哪个目的产生因果关联来推断目的本身;(2)反推理论(backstepping theory)。该理论采取反推方式:政府措施的选择是否追求这样的目标,如果追求另一目标,是否还会采取相同的措施,从而来确定真正的规制目的。总体而言,正面推定试图从多重目的中得出政府措施背后真正的、占据主导和决定地位的目标;而逆向推定则试图借助对手段的分析,来辅证政府目标的鉴别。当然,由于政府目标在现实呈现样态的复杂性,有时需要交错地采取多种方法进行综合审查。

2. 寻找“缓降油价决定”的真实、主导和决定性目标。结合多重目标并联时的甄别技术看,可将逆向推定为辅助,采用正面推导方式来寻找到政府决策背后真实、主导和占据决定性地位的目标。

由发改委披露的信息看,它在这多重目标之中,十分突出油价不降对治理大气污染的意义,着重说明机动车尾气排放对空气污染的影响,和我国不少地区以臭氧、灰霾污染为特征的复合型污染。从地方政府管理的经验看,也不乏以控制机动车行驶来实现治理雾霾目标的例子。媒体和公众的普遍感知是:大气治理就是发改委在“缓降油价决定”背后多重明示目标中的主要目标。

油价作为市场杠杆,确实可能适度改变消费结构,并进而调整能源结构。但这个效果的显现需要极其缓慢的过程。有反对意见甚至认为,油价在合理范围内的涨跌幅度,本质上并不足以对公民是否选择机动车作为出行方式造成影响,此价格杠杆并不足以改变消费结构。<sup>②</sup>即使能源结构问题,以及所谓“能源安全”问题,可视为“缓降油价决定”的目标,充其量也只是远程目标,不足以成为本次油价下调暂缓的主导性和决定性目的。

那么,在名义上占据重要位置的“治理大气污染”,是否足以被认定为石油调价风波中真实、主导和占据决定性意义的目标呢?答案可能并不令人惊喜。从当时《国务院关于实施成品油价格和税费改革的通知》(国发[2008]37号)和《国家发展改革委关于印发〈石油价格管理办法(试行)〉的通知》(发改价格[2009]第1198号)看,我国国内成品油出厂价格以国际市场原油价格为基础,加国内平均加工

<sup>①</sup>这些方法,除了有助于确定多重目的的区别之外,也有助于判断目的是否具有正当性。关于它们对目的正当性的判断,请参见余凌云:《论对行政裁量目的不适当的审查》,载《法制与社会发展》2003年第5期;蒋红珍:《羁束行政行为与裁量行政行为》,载胡建森主编:《行政行为基本范畴研究》,浙江大学出版社2005年版,第129-130页;余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民大学出版社2005年版,第96页。

<sup>②</sup>新浪新闻推出的调查结果显示,有超过2.7万名网友参与调查,有89.1%的网友表示“不支持,油价与空气污染无关”。



成本、税金和适当利润确定。当国际市场原油一段时间内平均价格变化超过一定水平时,相应调整国内成品油价格。发改委作为石油价格经管理办法授权的规则制定主体和实际油价调控的决策主体,仅2015年间就形成过19次关于国内成品油价涨跌的通知。在此过程中,价格形成机制基本都依托“国际原油价格”这一指挥棒。不少批评指出,隐含在“治理大气污染”这一明示的主要目标背后,是降价所导致的国内成品油利润的直接下滑。人民网随即引用专家观点表示:国家不再随国际原油价格下跌调整成品油价格,有利于我国的石油行业稳定、长期能源安全,也可以避免国内石油企业进一步大幅度亏损。<sup>①</sup>这也印证本次石油调价风波在“防治雾霾”背后至少隐含着“价格保护”的真实意图。

### (三) 目标正当性的层次和个案分析

如果说防治雾霾和消费结构调整仅是暂缓下调油价的表面理由,而真正的、占据主导和决定性的原因在于对石油企业利润的价格保护,那么这一真实目的本身,以及在政府决策的技术处理上以防治雾霾作为明示目标的做法,是否符合目标正当性分析呢?

1. 目的正当性的内涵。基于发改委作为“小国务院”在宏观调控层面的功能定位,与“防治雾霾”一样,为减少国内石油企业利润亏损而进行价格保护的目标本身,在主观层面并不能对之进行“恶意”的归类;并且众所周知,我国国内成品油市场几乎呈“两桶油”垄断格局,其均属国有企业。由此,无论是明示目标的“防治雾霾”还是隐含目标中的“价格保护”,似乎都不能归结为“目的不正当”。不过这种理解,是将目的不正当过于狭义地解释为“恶意”。

目的论考察中,目标正当性包含两个层次:第一即所谓“恶意”(bad faith)。与善意(good faith)相对,它涉及对行为的道德评价,并带有强烈的道德非难色彩。一般仅限于行政机关在违背法律目的前提下恣意行使权力、性质恶劣的情形,例如徇私枉法、打击报复、任性专横、反复无常等。第二则是“目的不恰当”(improper purpose)。与“恶意”包含对主观层面的道德谴责不同,不恰当目的则是以“立法授权目的为参照物进行比对之后得出的结论”。<sup>②</sup>即政府试图追求一项超越或违背法定目标之外的目的,从而造成目的正当性的瑕疵。

2. “缓降油价决定”的目的正当性考察。既然不恰当目的是以立法授权目的为参照物进行对比得出的结论,那就极有必要考察在法的意义上赋予暂停调价的理由是什么?不少媒体和专家评论都是以发改委牵头制定的《石油价格管理办法(试行)》(以下简称《办法》)作为质疑“缓降油价决定”的依据,实际上该办法当时已经失效。<sup>③</sup>但是,《国务院关于实施成品油价格和税费改革的通知》依然有效,根据其规定:“国家发展改革委根据上述完善后的成品油价格形成机制,另行制定石油价格管理办法。”可以说,已然失效的《办法》正是以此为授权依据加以制定和公布的。之所以媒体和专家评论依然以《办法》为依据展开分析,背后的理由可解释为:首先,发改委在废止原《办法》时,并未按照《国务院关于实施成品油价格和税费改革的通知》的规定,履行制定相关石油价格管理办法的义务。其二,由于缺乏后续规范的跟进,现行石油价格管理相当于陷入无具体实施依据的状态;在没有明示规范与前废止规范相冲突的情况下,前废止规范中涉及石油价格涨跌的规则能否作为行政机关进行自我拘束的先例加以延续,直至出现阻却该行政惯例继续拘束的情形?<sup>④</sup>

①《国内油价暂缓调整的背后成品油定价机制将再完善》,载 <http://energy.people.com.cn/n1/2015/1216/c71661-27937163.html>,2018年10月9日访问。

②参见余凌云:《论对行政裁量目的不适当的审查》,载《法制与社会发展》2003年第5期;余凌云:《行政自由裁量论》,中国人民大学出版社2005年版,第96页。

③《国家发展和改革委员会令第四号——决定废止和修改的规章和规范性文件目录》,2013年8月20日公布。

④2015年我国汽、柴油价格共经历了23轮调价周期,其中12次下调,7次上调,4次“搁浅”。搁浅理由多是因为价格调整幅度过小而暂缓调整。



《办法》根据《国务院关于实施成品油价格和税费改革的通知》而制定,满足什么条件,价格如何升降,都有明确规定,这也正是之所以业界会对国内成品油价格的浮动周期和升降形成预期的原因。关于暂缓调价,《办法》第6条规定,“当国内价格总水平出现显著上涨或发生重大突发事件,以及国际市场油价短时间内出现剧烈波动等特殊情形需对成品油价格进行调控时,由国家发展改革委报请国务院同意后,可以暂停、延迟调价,或缩小调价幅度。”从严格法律适用的角度看,空气污染和环境治理,既难以匹配“价格总水平出现显著上涨”和“国际市场油价短时间内出现剧烈波动”,也很难解释成“重大突发事件”。难怪有评论认为:“本次暂缓调价,在《办法》中找不到依据,是对既定规则的违反。”<sup>①</sup>

然而,之所以石油调价风波会引发目的不正当的普遍质疑,与其说是因为雾霾治理不符合法定目标,倒不如说是公众实际上并不认可发改委公布的“防止雾霾”之理由是真正的理由,表象背后还隐藏着基于“利益”考虑的深层次目的,那就是通过价格保护机制以保障油企利润和财政收入。<sup>②</sup>从我国成品油价的组成看,<sup>③</sup>由于中国石企在国内原油勘探和开采环节的高成本,当跟随国际原油价格浮动致使成品油价格下调时,会导致中国油企在中上游环节利润减少,甚至亏损。此时,一方面油企可能需要政府进行财政补贴;同时,政府在增值税等税收方面的财政收入也会降低。由此,在成品油价方面,油企和政府属于利益捆绑体。但显然,这种以利益挂帅的政策目标很难有效说服民众,尤其是当政策目标明显地包含着对普遍个体利益的普遍损害时,容易陷入“政企合谋,侵害消费者利益”的困局。

试图用国家能源安全的远程目标来证成价格保护也未必合适。有评论指出,油企利润下降或者亏损,也并不等同于国家能源安全受到威胁。<sup>④</sup>退一万步说,即使减损油企经营风险能够实现国家能源安全的远程目标,从当下发改委以公布“防治雾霾”这一理由来回避对“价格保护”这一真实目标的信息披露和政府诚信角度看,也值得在目的正当性层面予以审视。在法国就曾发生过政府以维持风化和公共秩序为由,来隐藏其真实的增加财政收入目的,被法院撤销的案例。<sup>⑤</sup>

## 四、返回比例原则之争:目的正当性审查的定位

上述分析可知,发改委“缓降油价决定”,若以真实、主导和决定性目的为标准,将得出政府目标违反正当性的结论。这样,如果目的性审查本身是以比例原则为启动环节的话,就涉及两种路径的选择:

### (一) 独立位阶说

第一条路径是将“目的正当性”视为比例原则中具有独立位阶秩序意义的分支原则(以下称之为

<sup>①</sup>李曙明:《“油价暂缓下调”的法治考量》,载 <http://news.sina.com.cn/o/2015-12-17/doc-ifxmttcn4903477.shtml>,2018年10月9日访问。

<sup>②</sup>发改委在官方微博上发表国家能源咨询专家委员会常务副理事长周大地刊登在《新华网》的“国内成品油价格要考虑多重政策”文章,文中指出暂缓下调油价,是为避免国内油企进一步亏损,并将减少油企大幅亏损与国家能源安全的远程目标联结在一起。

<sup>③</sup>根据有关分析,我国成品油价有两部分组成:一是原油成本价格;二是税费,其中包括作为“从量税”的成品油消费税和作为“从价税”的增值税。

<sup>④</sup>国家能源安全的内涵是指能够以可接受的价格获得充足的能源供应,不能将油企的经营收益风险等同于能源安全风险。聂日明:《暂缓调油价是为保护国家能源安全吗》,载 <http://opinion.caixin.com/2015-12-18/100889938.html>,2018年10月9日访问。

<sup>⑤</sup>该市政府名义上以维持风化和公共秩序为由禁止游泳者在海滩上更衣,实际是希望通过迫使公众在收费的公共浴室更衣从而增加该市财政收入,被法院撤销。该案例介绍,请参见王桂源:《法国行政法中的均衡原则》,载《法学研究》1994年第3期。

“独立位阶论”),这样,比例原则传统“三阶论”拓展为“四阶论”。<sup>①</sup>按照阶层秩序理论,比例原则的位阶适用只有在符合了上一分支原则之要求的前提下,才能够进入到下一原则的审查阶段。<sup>②</sup>正因如此,每后一个原则都有强化(verschärfung)前一个原则的功能。<sup>③</sup>一旦政府措施无法满足“目的正当性”要求,比例原则的后续审查就此中断。以“缓降油价决定”为例,它将以“目的性审查”开始,因无法满足目的合法性审查而得出“违反比例原则”为结论。

“独立位阶论”的优势,在于强化目的论审查在比例原则中的地位;此外,在逻辑进路上也显得较为清晰。正如同有学者所说的那样:“适用比例原则的完整逻辑顺序应当是先判断目的是否正当,然后再判断手段是否合目的、是否损害最小,最后再判断手段与目的之间是否成狭义比例。”<sup>[2]</sup>但“独立位阶论”的困惑在于:无论是语义上“比例”一词本身所包含的比较和对比的涵义,还是从比例原则对目的—手段间关系处理的定位,<sup>④</sup>将仅仅违反目的正当性的措施视为“违反比例原则”,似乎有“过度拉伸”比例性解释的嫌疑。能否在强化目的论审查之价值和逻辑优势的前提下,克服对比例性解释“牵强拉伸”的质疑?这涉及对第二条路径的选择。

## (二) 审查环节说

倘若目的性审查的缺失将造成比例原则司法适用逻辑断裂的困境,但同时,将目的性审查作为独立审查阶段的“独立位阶论”又可能存在过度拉伸比例性解释,那么如何在确保目的性审查不可或缺的同时,避免作为独立审查位阶所带来的“去权衡化”,可就涉及对目的性审查在比例原则适用中的定位。

有一种可能的方式是在确认比例原则需包含对目的论审查的前提下,仅仅保留其作为审查环节的地位,姑且称之为“审查环节说”<sup>[7]</sup>。换言之,目的性审查确实作为比例原则适当性审查中的首要审查环节。<sup>⑤</sup>当适当性审查考虑手段是否符合目标时,首先必须确定目标。与此同时附带审查目的正当性。以国务院“缓降油价决定”为例,在适当性审查过程中,伴随目标确定而同时展开的,可以是围绕着行政决定在主要目的与次要目的、核心目的与附随目的,以及明示目的与隐含目的之间的细致甄别,确定行政决策背后真正的、决定性的目的同时也伴随着对该目的正当性的审查。换言之,可将目的性审查视为适当性审查行进“当中”或者“之前”的一个环节。<sup>⑥</sup>

将目的性审查仅仅视为审查环节,而非独立位阶的意义在于:一旦确认行政措施无法满足“目的正当性”,那么比例原则的后续审查就此中断,政府措施则不必以“违反比例原则”为结论,而代之以在行政法学学理和实务上同样丰富且渐趋成熟的“不正当目的”。<sup>⑦</sup>在具体类型上,“恶意目的”“不恰当目的”和“违反相关性”都可能用来作为具体的裁判理由。以国务院“缓降油价决定”为例,如果是审查环节意义上确认行政决定背后的真实和主导性意图在于确保油企利润,减少油价下浮所带来的企业

①Kyung S. Park, Korean Principle of Proportionality, American Multi-leveled Scrutiny, and Empiricist Elements in U. S. - Korean Constitutional Jurisprudence, 1. J. Korean L. 105(2001).

②U. Zimmerli, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F. B. 97. II. 1978, S. 13.

③A. Wolffers, Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Bd. 113. 1977, S. 298.

④德国宪法上,比例原则也被理解处理基本权利紧张关系中的“权衡裁判”,权衡本身包含着对至少两种法益的衡量。有关“权衡裁判”,可参见冯威:《基本权利的紧张关系与权衡裁判》,载《交大法学》2017年第4期。

⑤有关适当性审查中对于目的论的讨论,请参见蒋红珍:《论适当性原则——引入立法事实的类型化审查强度理论》,载《中国法学》2010年第3期。

⑥将目的性审查包含在适当性审查之中的好处是会充实适当性原则本身,使其规范内涵和审查层次更为丰满;而将目的性审查设置在适当性原则之前,则容易在逻辑架构上凸显出目的自身的审查要素。

⑦G. D. S. Taylor, Judicial Review of Improper Purposes and Irrelevant Considerations, 35 Cam. L. J 272 (1976).

利润和税收压力,则应当从“不恰当目的”或者“违反相关性”角度论证处于比例原则审查中的个案不符合目的性审查,从而解决比例原则在审查不足到审查过度间短板相接的困顿。

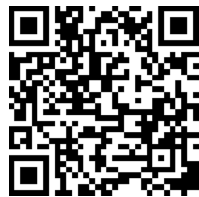
## 五、比例原则审查之预备阶段的尝试

由此,比例原则需包含目的论审查的环节,对此又可细分为“目的确定”和“目的正当性审查”两个步骤。其中,目的正当性审查并不具有阶层秩序意义上的独立性,由此并不改变传统三分论的结构。当政府措施无法满足目的正当性审查时,应以“不正当目的”或相关具体标准作出实质合法性判断的审查结论,从而防止比例原则作为“目标与手段”之间因果关系处理情境中陷入悖离。

既然目的正当性审查必须作为比例原则的启动阶段,又不具有阶层秩序意义上的独立性,那么如何在比例原则的规范结构中予以定位,依然是个可供探讨的话题。就此,“比例原则审查之预备阶段”代表一种理论尝试。比如有学者认为:“一旦确认国家行为限制、干预基本权利,便进入比例原则的预备阶段,追问国家行为的目的与目的本身的正当性。”<sup>[8]</sup>由此,预备阶段意味着仅仅对目的本身,而尚未深入到权衡裁判的单一维度审查。“与……将在法益衡量的脉络中考察国家行为目的之重要性不同,是在暂不进入此一脉络、暂不衡量目的重要性的条件下追问目的本身的正当性。”<sup>[8]</sup>近似观点也得到一定程度的认定,比如有学者认为:“在结构上,比例原则的审查步骤包括一个预备阶段(确定目的)和三个子阶段……预备阶段是指确定某个目的,包括追问该目的正当性。”<sup>[9]</sup>由此,将目的(正当性审查)作为比例原则的预备阶段予以确立,却没有改变比例原则位阶秩序本身的规范构成。

### 参考文献:

- [1] 阎天. 劳动规章性质三分说:以比例原则为检验标准[J]. 交大法学,2017(4):34-51.
- [2] 刘权. 目的正当性与比例原则的重构[J]. 中国法学,2014(4):133-150.
- [3] CASS R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*[M]. New York Oxford: Oxford University Press, 1996:19.
- [4] 蔡茂寅. 比例原则的界限与问题性[J]. 月旦法学杂志(公法学篇). 2002:116.
- [5] 谢立斌. 药店判决[M]//张翔. 德国宪法案例选释:基本权利总论:第1辑. 北京:法律出版社,2012:66.
- [6] 许宗力. 比例原则与法规违宪审查[M]//林山田教授退休祝贺论文编辑委员会. 战斗的法律人. 台北:元照出版公司,2004:227.
- [7] 蒋红珍. 论比例原则:政府规制工具选择的司法评价[M]. 北京:法律出版社,2010:113-114.
- [8] 杨登杰. 执中行权的宪法比例原则——兼与美国多元审查基准比较[J]. 中外法学,2015(2):367-390.
- [9] 纪海龙. 比例原则在司法中的普适性及其例证[J]. 政法论坛,2016(5):95-103.



(责任编辑 陶舒亚)